Early Journal Content on JSTOR, Free to Anyone in the World

This article is one of nearly 500,000 scholarly works digitized and made freely available to everyone in the world by JSTOR.

Known as the Early Journal Content, this set of works include research articles, news, letters, and other writings published in more than 200 of the oldest leading academic journals. The works date from the mid-seventeenth to the early twentieth centuries.

We encourage people to read and share the Early Journal Content openly and to tell others that this resource exists. People may post this content online or redistribute in any way for non-commercial purposes.

Read more about Early Journal Content at http://about.jstor.org/participate-jstor/individuals/early-journal-content.

JSTOR is a digital library of academic journals, books, and primary source objects. JSTOR helps people discover, use, and build upon a wide range of content through a powerful research and teaching platform, and preserves this content for future generations. JSTOR is part of ITHAKA, a not-for-profit organization that also includes Ithaka S+R and Portico. For more information about JSTOR, please contact support@jstor.org.

# VIII.

## Zur Lehre von der unvordenklichen Zeit. (Versuch einer Kritik der Ansichten des Preußischen Ober-Tribunals über die Begründung von persönlichen Rechten durch unvordenkliche Zeit.

Von

Herrn **Reinhard,**
Justizrath in Ehrenbreitstein.

Ueber die Anwendbarkeit der sogen. Immemorial-Präscription auf „persönliche, aus dem Obligationsrecht abgeleitete" Forderungsrechte hat das Preußische Obertribunal sich zu wiederholten Malen in ausführlichen Erörterungen vernehmen lassen.

Die erste vom 15. April 1836 im zweiten Bande der Entscheidungen S. 201 verneint die Frage, weil bei jenen Rechten „der, jede Art der erwerbenden Verjährung bedingende juristische Besitz nicht möglich sei."

Nachdem aber später derselbe Senat den Grundsatz aussprechen wollte,

> „daß nach gemeinem Recht auch bei solchen Rechten, an welchen, als persönlichen, ein juristischer Besitz nicht stattfinde, die unvordenkliche Verjährung dennoch zulässig sei,"

wurde die Frage,

> „ob durch die unvordenkliche Verjährung des gemeinen Rechts auch solche Rechte begründet werden könnten, an welchen, als persönlichen, ein juristischer Besitz im Sinne des R. R. nicht stattfindet,"

zur Entscheidung des Plenum gestellt und durch Beschluß vom 17. Juni 1844 verneinend entschieden. Wir wollen es versuchen, diese drei Entscheidungen einer bescheidenen Kritik zu unterwerfen.

Die erste stellt zuvörderst die m. E. mehr als bedenkliche Behauptung auf, man möge der sogen. unvordenklichen Verjährung

„entweder eine Vermuthung des ehemaligen rechtmäßigen Erwerbes einer Sache zum Grunde legen, oder ein selbstständiges Mittel zum Erwerbe in ihr finden, immer falle sie mit unter den Begriff der Verjährung." Entscheidungen B. 2 S. 210.

Der Nachsatz ist, wie mir wenigstens scheinen will, der ersten Prämisse gegenüber so wenig gesichert, daß es in dieser Beziehung wohl kaum einer längeren Erörterung bedarf. Denn aus welchem irgend zwingenden Grunde sollte eine, wenn auch durch Zeitablauf begründete Vermuthung des früheren rechtmäßigen Erwerbes nothwendig unter den Begriff der Verjährung fallen?[1])

Ebensowenig sind die Worte: „tanti temporis praescriptio, cujus memoria non exstat" in Cap. 1 de praesc. in VI. entscheidend, wobei übrigens noch hinzukommt, daß hierbei (S. 211 a. a. O.) auf eine unrichtige Lesart (praescriptio statt probatio) gebaut worden ist (S. Friedländer unvordenkliche Zeit, Th. II. S. 53). Die weiterhin angeführten Schriftsteller sind aber eben nur als Autoritäten zu betrachten und es kann ihnen als solchen eine entscheidende Stimme nicht zugestanden werden.

Die zweite Ausführung zeigt m. E. wenigstens insofern eine Inconsequenz, als sie für das fragliche Institut die Bezeichnung possessio immemorialis ganz besonders vindicirt, sofort ihr aber doch nur die Wirkung einer praesumtio juris olim legitime adquisiti beilegt (B. 10 S. 2) und sodann ausführt: Der Besitz beziehe sich zwar nach

---

1) „Die unvordenkliche Verjährung ——— wird von einigen gar nicht als wirkliche Verjährung angesehen, weil sie nur eine Vermuthung eines ursprünglich legalen Erwerbes des Rechts erzeugt" sagt das Obertribunal selbst in den Entscheidungen B. 10. S. 9.

R. R. nur auf jura in re. Allein die Reichsgesetze und das canonische Recht, sowie die gemeinrechtliche Praxis bezeugten es, daß es bei der durch das tempus immemoriale begründeten Vermuthung eines rechtlichen Erwerbes auf die im Röm. Recht begründeten Erfordernisse eines juristischen Besitzes nicht ankomme." (B. 10, S. 3—5.)

Die dritte Erörterung (B. 10 S. 5 ff.) geht wieder davon aus, daß zum Wesen einer jeden Verjährung Besitz gehöre. Auch ein sogen. Quasibesitz lasse sich aber mit blos persönlichen Rechten nicht verbinden." Die L. 6 D. de usuris leite aus langjähriger Zinsenzahlung nur die Vermuthung her, daß das Darlehen ursprünglich contrahirt worden sei. Rechte, welche durch Verbindung des Verpflichteten mit einem Gute begründet seien, könnten als dinglicher Natur betrachtet werden, und es sei durch die alljährliche oder doch öftere Ausübung ein Besitz und eine Möglichkeit der erwerbenden Verjährung hier sehr wohl denkbar (S. 7 und 8). Anders bei persönlichen Forderungsrechten, die sich in der Ausübung nur einmal äußern, nämlich durch die Realisirung, und bei denen die Ausübung das Verhältniß beendige, nicht begründe (S. 7). Eine erwerbende Verjährung verstoße hier „wider den Begriff des Besitzes und der Verjährung, welcher doch auch der Immemorial-Präscription zu Grunde liege."

Erst hier (S. 9) folgt eine Zergliederung des Wesens der letzteren. Sie werde — so heißt es — „von einigen gar nicht als wirkliche Verjährung angesehen, weil sie nur eine Vermuthung eines ursprünglich legalen Erwerbes des Rechts erzeugt." „Sie dient nicht als Fundament der Acquisition, sondern gewährt nur die Vermuthung, daß man ..... rechtmäßig erworben habe," weßhalb denn auch der Gegenbeweis allemal stattfinde.

Dem canonischen und deutschen Recht verdanke sie jedenfalls hauptsächlich ihre Ausbildung (S. 10), doch

seien die Erfordernisse und Grenzen dadurch nicht genugsam festgestellt.

„Indessen so viel folge aus der angedeuteten Natur und rechtlichen Wirkung der Immemorial-Verjährung, daß, wenn die Gesetze gewisse Rechte von der Verjährung ausschließen, diese Ausschließung nicht auch von der Immemorial-Verjährung gelten kann, weil mit selbiger durch den Ablauf der Zeit nicht eigentlich ein Recht erworben und verjährt, sondern nur eine Vermuthung begründet wird, daß ursprünglich ein rechtmäßiger Erwerb vorgegangen sei."

Allein dinglicher Natur und des Besitzes fähig müßten die durch Immemorial-Präscription zu erlangenden Rechte allerdings sein; nur für Titel und ursprüngliche Besitznahme nach der Idee einer dem Leistenden obliegenden fortdauernden Schuldigkeit, spreche die rechtliche Vermuthung.

Wenn der in der zweiten Erörterung angeführte Hellfeld sich auch in §. 1775 der Jurisprud. for. sehr allgemein ausdrücke, so könne die Stelle doch „nicht auf persönliche Forderungsrechte bezogen werden, die nicht unter den Gesichtspunkt der erwerbenden Verjährung fallen." (S. 11 und 12.)

Diese letztere Erörterung möchte wohl noch weniger als die beiden anderen von begründeten Ausstellungen freizusprechen sein. Sie geht zuvörderst von der petitio principii aus, daß die unvordenkliche Zeit eine wirkliche Verjährung sei, als welche sie dann Besitz erfordern würde. Erst lange nachher wird das Wesen derselben untersucht und wiederholt als Präsumtion eines ursprünglich legalen Erwerbes bezeichnet. Nahezu am Schlusse der Erörterungen folgt dann die weitere petitio principii, daß die also begründete Vermuthung nicht für den rechtmäßigen Erwerb überhaupt, sondern nur bei Rechten dinglicher Natur für die ursprüngliche Besitznahme und das Vorhandensein eines Titels streite.

Die zweite Ausführung hatte unter Berufung auf L. 28 D. de prob. (22, 3) behauptet, daß die „richtiger possessio immemorialis zu benennende Immemorial-Präscription nur eine praesumtio juris olim legitime adquisiti erzeugen." (B. 10 S. 2.) — Sie weist aus den Reichsgesetzen nach, daß sie auf den Erwerb des Münzrechts angewendet worden, und behauptet auf Grund des Cap. 26 X. de verb. significat., daß sie die Vermuthung für die Rechtmäßigkeit derjenigen Abgabe begründe, welche über Menschengedenken geleistet worden.

Wenn nun auch der Inhalt der ersten Stelle sehr dunkel und zweifelhaft: Friedländer a. a. O. Thl. II. S. 70 und ff. und jedenfalls in diesen Stellen überall kein allgemeines Princip ausgesprochen ist, so ist doch so viel aus den übrigen klar, daß es sich hier nicht um den Erwerb durch Acquisitiv-Verjährung handeln könne, und daß die Wirksamkeit der unvordenklichen Zeit nicht überall den Besitz, die Grundlage der Verjährung zur wesentlichen Voraussetzung habe.

Das Cap. 1 de praesc. in VI. deutet nach der richtigen Lesart: nisi tanti temporis allegetur probatio, cujus contrarii memoria non existat, wenigstens nicht auf eine eigentliche Verjährung (Praescriptio).

In Cap. 26 X. de V. S. ist aber von Abgaben, die entweder concedirt sind, vel ex antiqua consuetudine a tempore cujus memoria non exstat, introducta, und ebenso im Cap. 1. de consuet. in VI. von unvordenklicher consuetudo die Rede.

Das Richtigste möchte schon hiernach sein, (mit Friedländer Th. II. S. 64—67) die consuetudo als Entstehungsgrund nicht blos des objektiven, sondern subsidiarisch auch des subjectiven Rechts zu betrachten, jene Stellen aber weder von einer Präsumtion des rechtmäßigen Erwerbes, noch von einer Erwerbung durch Verjährung, sondern von einem Erwerbe durch consuetudo zu verstehen.

Wo wirklicher Beſitz ſtattfindet, da kann von Verjährung, namentlich auch von unvordenklicher, wo Beſitz nicht möglich iſt, da kann von der Wirkſamkeit einer langen resp. unvordenklichen consuetudo die Rede ſein. Dafür finden ſich die Belege ſchon im Röm. Recht. So iſt bei Servituten, bei welchen wenigſtens eigentlicher Beſitz und eine Uſucapion ebenfalls nicht anerkannt werden, (Walter, Rechtsgeſchichte §. 551) von einer Fundirung durch consuetudo die Rede. L. 1 §. 23 D. 39, 3 („longa consuetudine"). L. 1 C. 3, 34 („longi temporis consuetudinem vicem servitutis obtinere"). So wird die Wirkſamkeit der consuetudo bei wiederkehrenden Leiſtungen zu Gunſten moraliſcher Perſonen in L. 3 C. 8, 53 anerkannt.[2])

So ſoll endlich nicht blos wie dort, eine „antiquitus probata et servata tenaciter consuetudo," ſondern ſogar eine longa consuetudo für die Fortentrichtung von Zinſen maßgebend ſein.

Die antiquitus probata consuetudo vertritt die Stelle des Geſetzes nach L. 3 C. 8, 53 und ſchon die longa consuetudo vertritt die Stelle der lex contractus nach L. 6 D. de usuris. Sie begründet nicht etwa blos eine Vermuthung; denn es heißt „ideo solvendas usuras," ſie iſt alſo der Rechtsgrund. Sie iſt aber auch keine Verjährung, denn es iſt kein Beſitz, ſondern nur ein Beſitzähnliches, ein dauerndes Verhältniß in der wiederkehrenden Leiſtung in der Mitte.

Ein ſolches wird nun allerdings erforderlich ſein. Denn ohne dieſes iſt keine consuetudo vorhanden. Die Wirkſamkeit wird ſich aber auch nur auf die wiederkehrende Leiſtung ſelbſt beziehen und alſo eine langjäh-

2) Vergl. auch Seuffert, Archiv für Entſcheidungen B. 7 Nr. 5. — Ob meine Auffaſſung der citirten Codex-Stelle, deren Text auch keineswegs völlig feſtſteht, richtig iſt, laſſe ich dahingeſtellt. Belehrung von competenter Stelle würde mir und wohl auch Anderen erwünſcht ſein.

rige Zinsenzahlung nicht das Recht auf das Capital selbst begründen, vielmehr ihre Wirksamkeit, als Rechtsgrund von der Unstreitigkeit oder dem Beweise des Capitals abhängig sein, da Zinsen ohne ein Capital rechtlich nicht existiren können. Wieweit sie für das Capital beweist, ist Prozeßfrage.

Es mag daher auch noch richtiger sein, wenn es in der älteren Entscheidung des Obertribunals in Bezug auf L. 6 pr. und §. 1 D. de usuris heißt:

„Die hierin enthaltenen Vorschriften beschränken sich auf Fälle, wo von unstreitigen Capitalien eine lange Zeit hindurch Zinsen gezahlt sind, und hierauf eine Verpflichtung zur ferneren Entrichtung der Zinsen gegründet wird." (B. 2 S. 206.)

als wenn die neueste Erörterung B. 10 S. 7 und 8 sich, wie folgt, hat vernehmen lassen:

„Wenn lex. 6 C. (D.) de usuris verordnet, daß gegen denjenigen, welcher lange Zeit hindurch Zinsen gezahlt hat, die Vermuthung streite, als sei er auch das Capital schuldig, (Die Stelle besagt dieses keineswegs), so ist dies keine acquisitive Verjährung des Darlehns, da nicht das Darlehn, sondern nur die Vermuthung, (die Stelle spricht ja von einer solchen gar nicht), daß es ursprünglich contrahirt worden, entsteht."

Die Zinsenzahlung kann allerdings eine Vermuthung für die Existenz des Dahrlehns begründen: L. 4 C. 4, 30. Dieses folgt aber nicht aus unserer Stelle, vielmehr ist hier nur entschieden, daß die lange Zinsenzahlung der Rechtsgrund einer ferneren Verpflichtung sei.

Wenn aber die L. 6 D. de usuris auch einer longa consuetudo die Wirksamkeit einer Rechtsbegründung zuerkennt, ohne daß dabei auch nur ein Quasibesitz im Sinne des Röm. Rechts vorausgesetzt würde, so muß dieses noch viel eher von einer consuetudo antiquitus probata (L. 3 C. 8, 53) oder von einer unvordenklichen consuetudo gelten.

Die gedachten Stellen stehen also im besten Einklange mit unserer Auffassung der Stellen des canonischen Rechts und bestätigen, daß unter „consuetudo" nicht eine Verjährung, welche Besitz erfordern würde, sondern die Gewohnheit, das „Herkommen" der Reichsgesetze zu verstehen sei; sie bestätigen ferner, daß diese consuetudo als ein Rechtsgrund zu betrachten sei, und nicht blos die Vermuthung für den rechtmäßigen Erwerb begründe.

Auch der geschätzte Schriftsteller über die unvordenkliche Zeit, Friedländer (Thl. II S. 69) nimmt ausdrücklich an, daß zu den Erfordernissen derselben der Besitz keineswegs gehöre, weil das positive Recht durchgehends die Anwendung auf solche Rechtsinstitute gestatte, bei welchen von einer eigentlichen possessio nicht die Rede sein kann.

Wir können hiernach den Satz:

„durch die unvordenkliche Verjährung des gemeinen Rechts können solche Rechte nicht begründet werden, an denen, als persönlichen, ein juristischer Besitz nicht stattfindet." (Entscheid. B. 10 S. 1.)

nur hinsichtlich der eigentlichen Verjährung als richtig anerkennen.

Wenn aber auch die unvordenkliche Zeit nach dem Vorstehenden durchaus den Besitz nicht zur wesentlichen Voraussetzung hat, so kann doch noch der Zweifel entstehen, ob sie nicht auf publicistische Rechtsverhältnisse beschränkt sei.

Gewiß läßt sich aber — ganz abgesehen von der L. 3 C. 8, 53 — mit Grund annehmen, daß neben der consuetudo longi temporis der L. 6 D. de usuris das R. R. auch einer consuetudo immemorialis die Wirksamkeit auf dem Gebiete des Privatrechts nicht abgesprochen haben werde, und jedenfalls muß ich es wenigstens für allgemein deutsche Rechtsansicht halten, daß der Zustand der Unvordenklichkeit überall zu manuteniren sei, wenn sich gleich das Bedürfniß einer Berufung auf den-

ſelben meiſt nur in publiciſtiſchen Verhältniſſen geltend machte.[3])

---

# IX.

## Hat der natürliche Vater ein Erbrecht in den Nachlaß des ſogen. Brautkindes.

Von

Herrn **Dr. Friedrich Zimmermann,**
Hofgerichts-Rath zu Gießen.

Der Satz: daß ſogen. Brautkinder ihren natürlichen Vater und deſſen Ascendenten gleich ehelichen Kindern beerben, darf wohl als ziemlich feſtſtehend in der deutſchen Praxis angenommen werden.[1]) Dagegen wird die umgekehrte Frage: ob der natürliche Vater auch ein Erbrecht in den Nachlaß des ſogen. Brautkindes habe, nur ſehr ſelten berührt, und ganz verſchieden beantwortet,[2]) woraus ſich erklärt, daß die Praxis in dieſer

3) „Das Jahr übt eine heiligende Kraft", läßt Schiller den Wallenſtein ſagen. Es übt dieſe auf dem Bereiche des Privatrechts ebenſowohl wie des öffentlichen und es iſt ſo wenig ein Grund vorhanden, ſie dort ſogar der Unvordenklichkeit abzuſprechen, als den Wallenſtein mit den Worten: „Sei im Beſitze und du wohnſt im Recht", nur vom juriſtiſchen Beſitze reden zu laſſen. Vergl. jetzt auch Seuffert's Archiv für Entſcheidungen B. 6. Nr. 144.

1) Vergl. die Nachweiſungen hierüber bei M. S. Mayer. Die Lehre vom Erbrechte, 1840. Th. I. §. 81. not. 7. 8. S. 193 fg. — Pfeiffer, Praktiſche Ausführungen etc. Bd. VIII. 1846. Nr. VII. S. 401 fg. — In der Praxis des Herzogthums Holſtein, welche hierin in Deutſchland allein zu ſtehen ſcheint, iſt jedoch dieſes Inteſtaterbrecht der Brautkinder nicht anerkannt. Seuffert, Archiv für Entſcheidungen der oberſten Gerichte, Bd. V. Nr. 200 S. 253.

2) Koch, Successio ab intestato civilis §. 52 bejaht obige Frage, während ſie von Abrah. Käſtner in der von Koch unrichtig als über-